

EL DELITO DE ENRIQUECIMIENTO ILÍCITO Y LA LEY PROVINCIAL N° 5420. ANÁLISIS DE UNA NORMA INCONSTITUCIONAL

Leandro Andrés Maciel*

Introducción

La Ley N° 5420 fue sancionada por el Parlamento de la Provincia de Corrientes, para dar solución al problema de determinar cuál es la autoridad encargada de efectuar el Requerimiento Justificatorio de los bienes en el delito de “Enriquecimiento Ilícito”, tipificado en el art. 268 (2) del Código Penal.

No se trata de una cuestión nueva, ya que tanto en la redacción original del tipo objetivo, y posteriormente en la reforma dada por la Ley N° 25588 denominada “Ley de Ética de la Función Pública”, no se hizo referencia ni siquiera mínimamente cuál sería el órgano a cuyo cargo estaría la intimación que se le formulaba al funcionario o empleado público, para que compruebe el origen lícito de su acrecentamiento patrimonial.

Al no establecerse cual o que órgano es al que le cabe la misma, y además a que poder de los que componen el Estado le correspondería, el legislador vernáculo hizo suyo para sí el problema y torno a legislar al respecto.

Sin embargo, el texto de la norma avanzó mucho más allá y se adentró en aspectos que se estatifican en la ley de fondo y no meramente procesal. Lo señalado es de singular relevancia por cuanto los aspectos referidos al tipo objetivo, la diada de las funciones (sistemática – conglobante), las categorías (doloso o imprudente), la forma en que individualiza la conducta (activa u omisiva), los elementos que lo integran (necesarios o eventuales) etc.,¹ son competencia del Congreso de la Nación. En cuanto a la competencia provincial, a esta última la corresponde, en función a los poderes que los estados

* Jefe de Trabajos Prácticos de Derecho Penal -Parte Especial- Facultad de Derecho, Ciencias Sociales y Políticas de la UNNE.

¹ Zaffaroni, Eugenio Raúl; Alagia, Alejandro & Slokar, Alejandro (2003), *Derecho Penal. Parte General*, Ediar, pág. 455 y ss.

federados no han delegado al Gobierno Federal,² solamente el aspecto procesal, toda vez que son las provincias quienes administran justicia en forma no excepcional, sobre la base de que el poder actuación del *derecho penal material*, es uno de dichos poderes reservados, razón por la cual le corresponde la materia referida únicamente al derecho formal.³

La ley sin embargo, ha tomado posición en cuanto a la sustantividad de la acción típica, plazo para cumplimentar el mandato de acción, inversión de la carga probatoria, etc. En definitiva, la norma provincial legisló sobre cuestiones que le corresponden al Congreso Nacional, de ahí la impropiedad de la misma, todo ello al margen que se también modificó tácitamente el Código de Procedimiento de la Provincia de Corrientes y además de una manera impropia, esto es, únicamente en lo relativo al procedimiento de investigación del delito de “Enriquecimiento Ilícito” mas no a otro.

Voy a desarrollar los argumentos técnicos que entiendo oscurecen el contenido de la ley, pero y sobre todo, comportan a mi criterio un obstáculo para la investigación del delito de “Enriquecimiento Ilícito” y la consecuente persecución de los agentes que se desempeñan en el ejercicio de la función pública, creando dicha normativa un magnífico e incomparable campo de eventual impunidad.

Debe señalarse que el debate parlamentario se llevó a cabo con una peculiaridad, y que no es otra que el haber carecido del debido tratamiento dogmático por parte de la legislatura provincial dada la complejidad del tipo objetivo⁴ y la problemática de la cuestión referida a la consumación delictiva. Ese aspecto fue resal-

² Arts. 5, 75 inc. 12, 116, 117, 118, 121 y cc CN.

³ Maier, Julio B. J. (2004), “*Derecho Procesal Penal I. Fundamentos*”, T. 1 (2ª edic.), Editores del Puerto, págs. 103 y ss., sin perjuicio de postular que de la normativa que establezca el juicio por jurado, cabe deducir que el Congreso Nacional puede dictar una ley procesal “marco” para todas las provincias.

⁴ El relación a la constitucionalidad de la figura, el propio Poder Ejecutivo reconoce el planteo, en el mensaje de elevación cuando afirma: “*Sabemos que son fuertes las críticas respecto de la constitucionalidad del tipo penal previsto en el artículo 268 (2), del catálogo punitivo por el que se ha caracterizado a éste como un delito de omisión cuya tipicidad consiste en no justificar la procedencia de un incremento patrimonial apreciable*”. Con todo, si bien es loable la mención al problema y la toma de postura en cuanto a la sustantividad de la acción típica, ello no se vio reflejado en el texto del proyecto que finalmente fue sancionado casi en su totalidad como lo remitiera el Poder Ejecutivo, salvo la modificación del plazo del artículo tercero en relación a la persona interpuesta.

tado por el propio Poder Ejecutivo en el mensaje de elevación del proyecto, cuando adelantándose a los problemas que conlleva la estructuración del delito, no ya solamente en cuanto al aspecto anterior citado, sino también respecto a la admisibilidad de la figura en el marco constitucional dijo: “*Sabido es, que el delito que prevé la norma sustantiva tiene la peculiaridad del doble aspecto, enriquecerse ilegítimamente y de no justificar esta circunstancia*”.⁵

Sin embargo, el proyecto prácticamente fue aprobado sin discusión, salvo la que hubo en las reuniones de las respectivas comisiones de ambas cámaras, de lo cual no se cuenta con la versión taquigráfica.⁶ Pero en lo que se refiere a las sesiones en sí mismas, la discusión no se llevó a cabo con la profundización que el tema imponía.

Antecedentes

El proyecto de ley fue remitido por el Poder Ejecutivo a la Legislatura Provincial e ingresado en la Cámara de Representantes.

El tratamiento dado por el órgano legislativo se desarrolló sin inconveniente alguno, debido a que, va de suyo, hubo de ser y acordado previamente al trámite en las respectivas comisiones que integran cada una de las cámaras, es decir que el proyecto fue estudiado y medido en cuanto al texto que finalmente recibió aprobación. Sin embargo, el lector fácilmente advertirá las falencias que la norma lleva y lo más relevante aun, la palmaria falta de consideración de los aspectos sustanciales del tipo objetivo de fondo que precede al procedimental.

En cualquier caso, voy a transcribir textualmente los discursos de los señores legisladores, aún cuando ello conlleve una mayor fatiga para quien aborde

⁵ Es en general la postura de la mayoría opinión en doctrina, aunque las diferencias se plantean en cuanto a si la acción típica es activa (enriquecerse) u omisiva (no justificar el enriquecimiento espurio).

⁶ Al llevar a cabo la tarea investigativa de los antecedentes legislativos, se me informó que no se efectúan versiones taquigráficas o de cualquier otra especie de soporte material (v.g. magnetofónico, fílmico, CD, disket, pen drive, etc.) en las reuniones de las Comisiones que integran cada una de las cámaras legislativas. Además las copias que se originaran en los sendos expedientes, tanto de la HCD como la de la HCS, se evidencia la falta de correlación en la foliatura de las fojas, sin perjuicio de lo cual y al menos en general, es posible abordar el trabajo sobre el texto original como se lo lleva a cabo en el presente.

el tema, pero entiendo que es un aspecto imprescindible para comprender acabadamente el porqué de la crítica que se esboza en el presente trabajo. Además es mi intención demostrar lo escueto del tratamiento en los sendos discursos que fundaron la aprobación final del proyecto del Poder Ejecutivo.

Honorable Cámara de Diputados

Con el número de expediente 15/01, la Honorable Cámara de Diputados trató el proyecto de ley en la Sesión Extraordinaria del día 21/12/01 a las 11,10 hs. Fue girado a la Comisión de Negocios Constitucionales y Legislación.

La Comisión expidió el despacho favorable en fecha 07/03/02, siendo suscripto por los diputados: Jorge A. Barrionuevo en calidad de Presidente y los vocales Dora Vallejo Añasco, C. Martín de Vargas y Matías Sanabria. El vocal Hugo R. Perié no suscribió el dictamen.⁷

El miembro informante fue la representante sra. Rodríguez. En su parte pertinente el dictamen dice:

Dictamen de la Comisión de Negocios Constitucionales y Legislación (...) Por las consideraciones que os dará el señor miembro informante designado al efecto, os aconseja prestéis sanción FAVORABLE, con modificación en su Artículo 3º, el Proyecto de Ley que corre a fs. 04, que quedará redactado de la siguiente manera:
ARTÍCULO 3º: De igual modo se procederá si la denuncia formulada involucra a terceras personas interpuestas para disimular el enriquecimiento patrimonial de funcionario público, debiendo justificar dentro del plazo de treinta (030) días el origen, fecha de adquisición del bien y/o del incremento del patrimonio.

La transcripción del tratamiento en el recinto de la Cámara de Diputados se hace en forma textual en sus partes respectivas y fue el siguiente:

⁷ En el material documental consistente en la versión taquigráfica que tengo en mi poder, el vocal diputado Sr. Hugo R. Perié, no figura firmando el dictamen. No puede constatar que lo haya hecho posteriormente, aunque existe la probabilidad. Finalmente la ley fue aprobada en la Cámara de Diputados con la mayoría requerida para tal.

*Sr. Presidente (Meabe) (...) Se pasa al tratamiento del expediente 015/01: Mensaje y Proyecto de ley del Poder Ejecutivo que otorga facultad a todo ciudadano de denunciar por enriquecimiento ilícito a cualquier funcionario público.*⁸

SRA PRESIDENTE (Meabe) Tiene la palabra la diputada Rodríguez SRA. RODRÍGUEZ Señora Presidente éste proyecto hace a algunas cosas que se firmaran en el Acuerdo de Gobernabilidad, en cuanto al contralor de la función pública. Voy a dar lectura a los fundamentos de este proyecto

(La diputada Rodríguez procede a leer los fundamentos del proyecto).

*SRA. RODRÍGUEZ Por los fundamentos expuestos, solicito a mis pares la aprobación de este proyecto que proviene del Poder Ejecutivo y que, como digo, pasa a ser parte de los compromisos de Acuerdo de Gobernabilidad.*⁹

SRA. PRESIDENTE (Meabe) Tiene la palabra el diputado Barrionuevo

SR. BARRIONUEVO Señora presidente; quiero hacer conocer al Cuerpo, que la Comisión de Negocios Constitucionales y Legislación, abocada al tratamiento de éste proyecto enviado por el Poder Ejecutivo, encontró la necesidad de proponer una reforma en su artículo 3º, en cuanto en él se proponía conceder a tercereas personas involucrada

⁸ Debo mencionar cuál fue el expediente inmediatamente anterior al que se aborda en el presente trabajo, ya que en el texto supra, se inicia la transcripción con puntos suspensivos. El expediente aprobado previa al tratamiento del Proyecto del Poder Ejecutivo referido al Enriquecimiento Ilícito dice textualmente: “SRA PRESIDENTE (Meabe) “Aprobado. Cuenta con preferencia para la próxima sesión. Se trataba del expediente 119/02 por el cual el Gobierno de la Provincia de Corrientes continuó recibiendo letras de cancelación de la deuda pública llamadas LECOPS, que de acuerdo a lo registrado, no fueron coparticipadas a las municipalidades. Inmediatamente después se pasó a tratar el proyecto siguiente. En el dictamen de la Comisión referido a lo que posteriormente se convertiría en la Ley N° 5.420, la palabra “FAVORABLE” se encuentra en mayúscula. En cuanto a la designación del delito, las dos palabras que componen el epígrafe están en minúscula “enriquecimiento ilícito” en la versión taquigráfica tal como se lo transcribe. Sin perjuicio del error opté por la cita original sin enmiendas de ninguna clase.” Ver infra.

⁹ En el texto de la versión taquigráfica figura: “compromisos de Acuerdo de Gobernabilidad”. Tal vez se trata de un mero error de transcripción (o bien de formulación) ya que debería decir: “compromisos en el Acuerdo de Gobernabilidad” o bien “del Acuerdo”. De cualquier forma lo señalado es irrelevante para el fondo de la cuestión. Cuando por primera vez la miembro informante hace uso de la palabra, emplea la frase correcta: “en el acuerdo”.

en el pedido de justificación del incremento patrimonial, un plazo de 10 días. Entendemos que, también como el propio proyecto lo menciona en sus consideraciones, teniendo en cuenta la posibilidad que se trata de una falsa denuncia, el tercero acusado de enriquecimiento ilícito por el denunciante, tiene una tarea muy difícil para buscar esa justificación, que el proyecto de ley exige en éste caso. De modo tal, que la comisión entendió que sería conveniente otorgarle al tercero involucrado de la denuncia un plazo mayor para esa justificación. El plazo que creímos adecuado para ésta circunstancia es de 30 días y así propusimos, repito, la modificación para el artículo 3º, el cual solicito a la Presidencia que disponga la lectura -para conocimiento de los diputados- por Secretaría.

SRA. PRESIDENTE (Meabe) Así se hará señor diputado, por Prosecretaría se dará lectura al artículo 3º, con las reformas introducidas

Se lee el artículo modificado.

SRA. PRESIDENTE (Meabe) Este Proyecto tiene despacho de comisión favorable, como expresó el diputado Barrionuevo, con la modificación del plazo, que se da en el artículo 3º. En consideración. Se lee y aprueba en general y en particular, con la modificación propuesta.

SRA. PRESIDENTE (Meabe) Aprobado. Con media sanción pasa al H. Senado.

Es ese todo el tratamiento dado en la Honorable Cámara de Diputados. De acuerdo a la versión taquigráfica no hizo uso de la palabra ninguno de los restantes legisladores de dicha Cámara.¹⁰

La Cámara le dio media sanción en la Vigésima Reunión, de la Décima Segunda Sesión Extraordinaria del día 13/03/02. En la misma fecha fue elevado el proyecto al Senado a través de la comunicación si número de fecha 13/03/02, suscripta por la Sras. Josefina Meabe de Matho (Presidente) y Mirtha Prieto de Pacce (Secretaria) de la HCD.

¹⁰ Que ascienden a veintiséis miembros (art. 85 Const. Pcia. de Ctes. reforma del año 2007). Solo hicieron uso de la palabra dos representantes, tomándose en cuenta la versión taquigráfica fotocopiada que me fuera gentilmente facilitado por la "Dirección de Información Parlamentaria" de la Honorable Legislatura de la Provincia de Corrientes.

Honorable Cámara de Senadores

Recibido que fuera en la Cámara Alta, el proyecto que contaba con media sanción de la Cámara de Representante, tuvo su ingreso bajo el número de Expediente 103/02 en fecha 15/03/02 a la hora 12:00. Presentado Sesión Extraordinaria del día 19/03/02 para su tratamiento, fue girado a la Comisión de Legislación y Asuntos Constitucionales.

La Comisión emitió su pronunciamiento bajo el Despacho N° 48 del día 20/03/02 en forma favorable y fue suscripto por los senadores: Ana María Pencieri (Presidente), Juan Ramón J. Mustrassi (Secretario) y los vocales Sergio Moisés Flinta y José Gustavo Pérego.¹¹

El tratamiento en el recinto de la Cámara de Senadores fue el que a continuación se transcribe en forma textual:¹²

SR. PRESIDENTE (Galantini).- A consideración de los senadores de la aprobación del proyecto de ley en tratamiento.

-El proyecto se lee, vota y aprueba en general y en particular sin observación alguna-

*SR. PRESIDENTE (Galantini).- Aprobado en general y en particular Es ley. Se harán las comunicaciones correspondientes.*¹³

Nótese que en la Cámara de Senadores el tratamiento fue aún más escueto y rápido, aprobándose sin objeción alguna por parte de los restantes miembros del cuerpo.¹⁴

¹¹ En el documento fotocopiado también figura como vocal la senadora Mirtha M. Rodríguez de Salazán que no aparece suscribiendo el dictamen. Nótese la celeridad con que se trató el tema: el dictamen fue realizado ¡solo al día siguiente de haber ingresado el expediente al Senado!

¹² De acuerdo a la versión taquigráfica. Los aspectos ortográficos y sintácticos están transcritos en forma idéntica a la existente en la versión fotocopiada y no corresponden a errónea transcripción, respetando así la fidelidad del texto original.

¹³ Se trata del proyecto de ley aprobado inmediatamente antes al Expediente N° 103/02 de “Enriquecimiento Ilícito”. Se refería a la publicación vía Internet de los presupuestos de los poderes Ejecutivo, Legislativo y Judicial de la Provincia de Corrientes.

¹⁴ La Honorable Cámara de Senadores se integra con trece miembros (art. 91 Const. de la Pcia. de Ctes.). Se excluye el Vice Gobernador en su calidad de Presidente nato del Senado. Solo hizo uso de la palabra uno de los trece senadores que componen la Cámara. La sesión debió de durar muy poco tiempo, al menos en lo que respecta a la sanción del proyecto de la Ley N° 5420.

SR. PRESIDENTE (Galantini).- Continuamos con el tratamiento del siguiente punto de la Orden del Día de ésta sesión, correspondiente al Expediente N° 103/02, el que a continuación será leído por Secretaría.

-Expediente N° 103/02: Honorable Cámara de Diputados remite en revisión proyecto de ley por el que otorga la facultad a todo ciudadano de denunciar por enriquecimiento ilícito a cualquier funcionario público. Se lee: (...)

SRA. PENCIERI.- Pido la palabra, señor presidente.

Señor presidente, señores senadores: éste es un expediente que cuenta con dictamen favorable de la Comisión de Legislación y Asuntos Constitucionales. Ha sido discutido lo suficiente en Labor Parlamentaria y creo que va a tener el apoyo de todos los señores Senadores. Es un proyecto que remite el Poder Ejecutivo -que en realidad ya está previsto en la legislación de fondo- respecto de que cualquier ciudadano tiene el derecho a denunciar a un funcionario público por la comisión de cualquier ilícito, no solo por enriquecimiento ilícito. No obstante ello, la Comisión de Legislación y Asuntos Constitucionales a fin de demostrar que si bien ya está previsto en la legislación de fondo no habría ninguna obstrucción para que éste proyecto ser sancionado, ha emitido dictamen favorable unánime de la misma; por lo que solcito a mis pares, como miembro informante de la citada comisión, la aprobación de éste proyecto.¹⁵

SR. PRESIDENTE (Galantini).- En consideración de los señores senadores la aprobación del proyecto de ley contenido en el expediente en tratamiento

-Se lee, vota y aprueba, en general y en particular, sin observaciones-

SR. PRESIDENTE (GALANTIN).- Aprobado en general y en particular. Es ley. Se harán las comunicaciones correspondientes.

¹⁵ Lo manifestado por dicha legisladora es relevante: ya se sabía fehacientemente que la facultad de denunciar se encontraba legislada que en la ley de rito vigente. Se trata de una admirable muestra de lo erróneo del tratamiento y que al menos, dicho miembro de la Cámara Alta lo puso de manifiesto, por lo que todos los restantes miembros lo tenían presente. Sin embargo ello no es óbice para la enormidad en que consistió aprobar el proyecto al que también dicha Senadora acompañó con su voto pudiendo no hacerlo. Al margen, está lo referido a que nuevamente se refiere a un “ciudadano” y que el texto del proyecto no se mencionó a la denuncia de cualquier delito, sino únicamente al de “Enriquecimiento Ilícito”.

Se dio sanción definitiva al proyecto venido de la Cámara de Representantes, en Décimo Séptima Reunión, de la Décimo Tercera Sesión Extraordinaria correspondiente al día 03 de abril del año 2002.

La comunicación al Poder Ejecutivo se llevó a cabo por medio de la nota sin número del 03/04/02, suscripta por el dr. Eduardo Lionel Galantini (Presidente) y la dra. María E. Fagetti de Mansutti (Secretaria) de HCS.

Finalmente la ley aprobada por la Legislatura Provincial se publicada en el Boletín Oficial N° 23794 de fecha 24 de abril de 2002, página 2 y ss.

La imputación del delito

Art. 1: Cualquier ciudadano de la Provincia podrá denunciar ante el Fiscal de Instrucción competente a todo funcionario público, cualquiera ser su rango o categoría, cuando presuma que éste ha cometido el delito previsto en el artículo 268° (2) del Código Penal, y se ha enriquecido ilegítimamente en utilizando la función pública que desempeña, por si o por medio de interpósita persona y ha incrementado su patrimonio de una manera apreciable.

La persona con capacidad para denunciar

La primera cuestión que resalta de la lectura de la normativa sancionada, está referida a la delimitación que se establece en cuanto al sujeto habilitado para llevar a cabo el anoticiamiento de la presunta comisión del delito. El artículo primero establece una restricción incomprensible en cuanto a quién puede denunciar a cualquier funcionario o empleado público.

La ley se refiere a dicho sujeto como “*cualquier ciudadano*”. Esto de por si representa una palmaria inconstitucionalidad, al mismo tiempo que conlleva a la restricción apuntada como se verá seguidamente. En efecto, si se trata solamente de un “ciudadano”, él puede llevar a cabo la denuncia, y tomándose el término en el estricto sentido, se concluiría que un “extranjero” no se encuentra habilitado para denunciar a cualquier funcionario o empleado público, al menos no en lo que respecta al delito del art. 268 (2) CP, aunque si respecto de cualquier otro delito, independientemente de su ubicación sistemática en el código de fondo y, claro está, con los límites que impone el ejercicio de la acción penal.

Si se toma en forma estricta lo sancionado, del texto de la ley surge que solamente el “*ciudadano*” está habilitado para efectivizar la denuncia contra un agente estatal y no otro cualquier otro habitante. Consecuentemente un extranjero se encuentra vedado de poder ejercer plenamente sus derechos y garantías. En síntesis no podrá hacerlo. Empero para el caso de que así ocurra y al margen de que la ley no lo dice expresamente, se deduce claramente que el fiscal que recepcione dicha denuncia, debería necesaria e ineludiblemente requerir al juez de la causa el archivo de las actuaciones por aplicación de lo establecido en el art. 204 -segundo supuesto- de la Ley de Rito provincial¹⁶ o sea en función de la causal de imposibilidad de proceder, término este que es entendido ampliamente por la doctrina. Es eso lo que dice la ley y no cabría otra interpretación.¹⁷ La conclusión es absoluta. La norma solamente habilita a un “*ciudadano*” y a nadie más. Por otra parte, la ley no hace referencia alguna al tipo de ciudadanía, razón por cual fuerza es reconocer que cualquier ciudadano puede llevar a cabo la denuncia, sea nativo o por opción.

El admitir que conforme al espíritu de la ley el legislador procesal quiso sancionar otra cosa, y que la mención del “*ciudadano*” es meramente ejemplificativa, por lo que cabría también admitir como un simple denunciante a un extranjero, es hacer decir a la ley algo que no se encuentra estatificado en el plexo del artículo. Esa es la lamentable consecuencia que se deduce de dicho texto.

Ahora bien, art. 20 de la Constitución Nacional establece a igualdad en el ejercicio de los derechos civiles que le caben a un ciudadano para un extranjero. Por ello es que la redacción de la norma es discriminatoria para un extranjero y por lo tanto conlleva el vicio de su inconstitucionalidad. Este, es decir un extranjero, nunca podrá denunciar a un funcionario público en lo que respecta al delito de “Enriquecimiento Ilícito”, pero si en cualquier otro en el que el registro autoral implique a un funcionario o empleado público.

Adviértase el contrasentido, cuando por ejemplo, un extranjero podrá efectuar una denuncia por el delito de “Malversación de Caudales Públicos”, el de “Peculado” o bien el de “Negociaciones Incompatibles con el Ejercicio de la

¹⁶ El artículo tiene su correspondencia en sus equivalentes de los distintos códigos provinciales ya que casi en su totalidad las normativas procesales siguieron el procedimiento instaurado por el Código de la Provincia de Córdoba de 1940.

¹⁷ Ver sin embargo infra la opinión personal. Confróntese el aspecto referido al concepto de ciudadano por oposición al extranjero en Bidart Campos, Germán J. (2006), *Manual de la Constitución Reformada*, T. I, págs. 412 y ss.; y T. 3. págs. 256 y ss., Ediar.

Función Pública”, etc., mas no con el del art. 268 (2) del Código Penal. Sin embargo lo señalado no se limita en dicha consecuencia, sino que va más allá. En efecto, un extranjero simplemente podría trasladarse a otra provincia y efectuar allí la denuncia contra un funcionario o empleado público que preste servicios en la administración provincial, lo que llevaría a que luego de recibirse la denuncia, se la remita a la jurisdicción de la provincia de Corrientes para seguir el curso de la investigación normalmente. Como se ve, la consecuencia de tal redacción no podría ser más errónea.

Tal como lo señala el artículo de la Ley Fundamental precedentemente citado, los extranjeros no están obligados a admitir la ciudadanía (ni a pagar contribuciones forzosas extraordinarias) por el mero hecho de ser tales. Es decir que no pueden hacerse diferencias que impliquen negar a un extranjero el ejercicio de los derechos civiles, entre los cuales está el derecho a la jurisdicción, que sería vulnerado en el caso de aplicar la ley provincial un extranjero, negándole la facultad de efectuar una denuncia por el delito de “Enriquecimiento Ilícito”, constituyendo una privación de justicia¹⁸ y el de igualdad ante la ley, ya no se advierten desigualdades “naturales” entre un ciudadano y un extranjero,¹⁹ o bien desequilibrios de orden natural²⁰ o finalmente no puede admitirse que el texto de la ley importe una hostilidad contra determinada clase o personas,²¹ sobrepasando la equiparación que hace la Constitución de EEUU.²²

¹⁸ *Fallos* 247:646 “Fernández Arias, Elena y otros c/ Poggio José”; también en LL, 209-2002. La Doctrina sostiene que la llamada “tutela judicial efectiva” comprende: a)- a todo habitante (no solamente a un ciudadano), b)- igualdad de condiciones en el acceso a la justicia, es decir sin discriminaciones y c)- la obtención de una decisión ajustada a derecho, o sea debidamente fundada y motivada (ver Niremperger, Zunilda (2007), “De la inhibición de los jueces al derecho del justiciable a acceder a la justicia”, LL Litoral, 593-2007). En cuanto al tema analizado, la conclusión no deja lugar a dudas: no es admisible la discriminación entre un ciudadano y un extranjero para efectuar la denuncia por el delito de “Enriquecimiento Ilícito”.

¹⁹ *Fallos* 181:209 “Rusich, Elvira c/ Compañía Introdutora de Buenos Aires S.A.”

²⁰ *Fallos* 224:810 “Bemberg Otto S. y otro”; además en LL 69-509.

²¹ *Fallos* 238:60 “García Monteavaro Julio E. c/ Amoroso y Pagano”, también en LL, 90-120.

²² “No hay, pues, ninguna duda de que, en cuanto al ejercicio de los derechos civiles (como lo es el derecho a la jurisdicción) y, especialmente, al desempeño de sus profesiones, dentro de la República, los extranjeros están totalmente equiparados a los argentinos por expresa prescripción constitucional, de donde toda norma que establezca discriminaciones entre aquéllos y éstos en tales aspectos, estaría en pugna con la antes transcrita prescripción constitucional. Por otra parte, para interpretar ésta mal puede acudirse al precedente norteamericano o a la jurisprudencia

En definitiva, no existe ninguna razón fundada en algún interés estatal suficiente, insoslayable o urgente, que permita llevar a cabo la distinción analizada entre un ciudadano y un extranjero para efectuar la denuncia por el delito de “Enriquecimiento Ilícito” a cualquier funcionario o empleado público de la administración, tanto federal, como provincial y o finalmente municipal, tal como lo hace la normativa provincial de la Ley N° 5420. El tratamiento diferenciado que efectúa el legislador vernáculo conlleva a que el texto legal no pueda superar el *test* mínimo de razonabilidad basado en el principio de no discriminación, constituyendo tal diferenciación, esto es, entre un ciudadano y un extranjero en cuanto a la formulación de la denuncia por el delito tipificado en el art. 268 (2) del Código Penal, una visión prejuiciosa y estigmatizante referida a un grupo determinado de personas -los extranjeros- que es anatema de la norma constitucional.

Pero además la singularización en cuanto a la formular la denuncia por parte de un “ciudadano”, va en contrapartida a lo que el mismo Código de Procedimiento determina en el art. 177, en el que no se hace ninguna acepción del sujeto habilitado para llevar a cabo la denuncia, ya que las limitaciones se refieren solamente en cuanto a la naturaleza del delito y al ejercicio de la acción penal, mas no en relación a la persona.²³ Es por ello que lo afirmado anteriormente, en el sentido de que se modificó implícitamente al Código de Procedimiento, es válido.

Entre los loables fines que persiguió la ley se puede observar lo manifestado por el Poder Ejecutivo en el mensaje por medio del cual se presentó el proyecto diciendo en la parte pertinente:

Entendemos que la participación ciudadana es la mejor manera de ejercer el control republicano. Se debe hacer a través de los órganos predispuestos / por la legislación vigente, asumiendo con pleni-

dencia elaborada en los Estados Unidos a su respecto, ya que la Enmienda XIV de la Constitución estadounidense se limita a establecer la protección jurídica a los extranjeros (“equal protection”) pero en modo alguno les asegura los mismos derechos civiles (como si lo hace la Constitución Argentina), ya que solo establece que “los Estados no podrán (...) negar a nadie, dentro de su territorio, la protección equitativa de las leyes” (Fallos 311:2272 “Repetto, Inés M. C/ Provincia de Buenos Aires”, LL 1989-B-351 -el subrayado no figura en el original-).



²³ Art. 177 CPPCtes.: “Facultad de denunciar. Toda persona que tenga noticia de un delito de acción pública cuya represión sea perseguible de oficio, podrá denunciarlo al Juez de Instrucción, al Agente Fiscal o a la Policía Judicial” (v.g.: art. 109, 110, 119, etc. en cuanto a la facultad de denunciar, salvo las excepciones del art. 72 segundo y tercer párrafo CP).

tud la responsabilidad de los actos, como gobernantes o representantes pero también como ciudadanos (...). La denuncia no puede ser la delación irresponsable.

Es decir que el propio Poder Ejecutivo tiene en cuenta que ya existe una “*legislación vigente*” o sea el mismísimo Código de Procedimiento Penal. Pero entonces, ¿cuál es la razón por la que se agostó la potestad redenciar el delito del art. 268 (2) CP únicamente a un “ciudadano”? No se advierte motivo alguno, salvo que se pretenda pasar por alto no ya solo la Ley Procedimental,²⁴ sino además, la propia Constitución Nacional.

Si se observa detenidamente lo que la ley establece, surge claramente que no es a cualquier supuesto de un hecho delictivo que se le restringe a un extranjero el derecho de llevar a cabo una denuncia. Esa facultad que la Constitución Nacional reconoce en todo habitante del país solamente está restringida para el supuesto del delito de Enriquecimiento Ilícito.

En conclusión se puede esbozar el siguiente cuadro comparativo:

Regla en los delitos de acción pública		Pueden ser denunciados por cualquier habitante
Excepción en los delitos Acción pública Enriquecimiento ilícito		Únicamente pueden ser denunciado por un ciudadano

No comparto la idea central de la ley. Por aplicación de las normas constitucionales ya referidas, el fiscal que reciba una denuncia practicada por un extranjero, deberá seguir el procedimiento establecido en la norma (admisión de la denuncia si presenta verosimilitud, impetración del Requerimiento Justificatorio, reunión de las pruebas y finalmente la imputación). Pero lo que

²⁴ Va de suyo que de admitirse dicha postura se estaría modificando el Código de Procedimiento Penal en forma encubierta: únicamente para el delito de Enriquecimiento Ilícito y no para cualquier otro.

no podrá hacer es requerir el archivo de las actuaciones por imposibilidad de proceder o bien negarle a un extranjero la facultad de presentar una denuncia. En cualquier caso deberá siempre proceder a dar inicio a la investigación excitando al órgano jurisdiccional.

Concretamente: no media valoración alguna que implique apartarse de la normativa de los arts. 177, 178 y 179 de la Ley de Procedimiento. La actual ley en manera alguna puede admitirse como *circumscripta* únicamente al delito de Enriquecimiento Ilícito y no para cualquier otro. Pero tampoco puede sostenerse que un extranjero no puede formular denuncia alguna cuanto se trata, como en los delitos que integran el género delictivo Duodécimo. En definitiva, se trata de una errónea formulación a los propios fundamentos que esgrimió el Poder Ejecutivo que debió ser advertido por el legislador procesal penal.

Órgano ante el cual se denuncia

Empero la incorrespondencia el texto legal no se detiene allí. De acuerdo a la normativa de la ley, la denuncia podrá llevarse a cabo ante el Fiscal de Instrucción.

Lo primero que debe tenerse en cuenta es que la norma no veda en lo posible efectivizarla ante otro órgano, siempre y cuando sea uno de los habilitados para la recepción de las mismas.²⁵

De acuerdo a la ley procedimental también puede hacerse la denuncia ante el propio Juez de Instrucción o por ante la Policía Judicial,²⁶ por ello es que la frase “*podrá denunciar*” no deja lugar a duda alguna. En definitiva, se legisló sobre una cuestión ya abarcada por el Código de Procedimiento. Es por eso que no se encuentra basamento válido para tal, salvo que se entienda que la

²⁵ Por ejemplo no podrá hacerse ante un funcionario cuya competencia es ajena a la naturaleza del hecho (v.g.: la denuncia hecha al jefe de guardia de un hospital público, la denuncia efectuada al jefe de personal de una repartición pública, etc.). Más aún, la denuncia que se presenta ante la el superior jerárquico en el sector privado, simplemente porque no son los órganos específicos que detentan la potestad de recibir y dar trámite al anoticiamiento del delito.

²⁶ Solo se exceptúan los delitos que dependan de la instancia privada en los cuales solo podrá efectivizar la denuncia quién tenga facultad para instar. Ver el segundo apartado del art. 177: por el ofendido o excluyentemente por su representante legal, tutor o guardador, sea por denuncia o querella (art. 6 CPP Ctes.).

idea central fue la de especificar al órgano. Si ello es así, se debe responder que dicho ya está perfectamente delimitado y no hacía falta ningún agregado más. No se advierte el porqué de la expresa referencia al delito de Enriquecimiento Ilícito. En definitiva la nueva norma nada agrega a lo ya legislado ni mejora la finalidad de acelerar la investigación del art. 268 (2) del Código Penal.

Por ello se debe concluir que el empleo del verbo “*podrá*”, respecto al órgano que la norma específica como el Fiscal de Instrucción, no significa que también no es admisible llevársela a cabo siguiendo el procedimiento normado en los arts. 183 y 185 del Código de Procedimiento Penal. En definitiva, se trata de una facultad que ya se encontraba en cabeza del Ministerio Público Fiscal y no había razón de ser para legislarla nuevamente y en el singular caso del delito de Enriquecimiento Ilícito del art. 268 (2) del Código Penal. Se trata de una norma innecesaria que no agrega nada a lo ya vigente.

Imputación por un medio diferente al legislado

La formalidad para llevar a cabo de la denuncia contra el funcionario o empleado público plantea otro interrogante. ¿La ley singulariza la formalidad del acto? ¿Es admisible otra forma de imputación que no sea la de la denuncia?

Teniéndose en cuenta que la ley refiere a la denuncia como acto idóneo para dar inicio a una investigación, fuerza es reconocer que no se hace alusión alguna a por ejemplo la querella. Tómese el siguiente caso hipotético (empero no por ello deja de ser real): el Estado por medio de su representante legal, es decir el Fiscal de Estado²⁷ se presenta como querellante dando inicio así a una causa contra uno de sus propios funcionarios.²⁸ En dicho supuesto no encuentro obstáculo alguno para la viabilidad del inicio de la causa contra el agente requerido.

²⁷ Así ocurrió en la causa “Angeloz Luis María y otros P.Ps.S. Enriquecimiento Ilícito”, donde fue el Fiscal de Estado de la Provincia de Córdoba el que, luego de serle remitida la denuncia por parte del Fiscal de Instrucción, le formuló el Requerimiento Justificatorio al ex gobernador de dicho estado federal mediterráneo. Ver nota N° 40.

²⁸ El art. 81 tercer apartado CPPCtes. “*Asimismo el Estado Provincial por intermedio de su representante legal, podrá asumir el rol de Querellante Conjunto en los supuestos de delitos de acción pública, cuando fuere particularmente ofendido por el mismo, es decir, cuando resultare ser titular del bien penalmente tutelado que el hecho delictual ataca o pone en peligro*”.

La inclusión en la norma de la frase “*podrá denunciar*” en el modo de la conjugación del verbo, no puede llevar al en manera alguna al inaceptable significado que se haya prohibido el último supuesto. Nótese que la ley emplea el verbo en el hipotético “*podrá*”, en relación la denuncia, y en ningún momento afirma que ello será únicamente o que se niega en forma expresa la posibilidad de imputar del delito por medio de una querella en los casos en que es viable.

Otra cuestión es la referida al ejercicio de la acción. Tanto la ley analizada como el Código de Procedimiento, se refieren a un delito de acción pública. Va de suyo que precisamente el delito de Enriquecimiento Ilícito, se encuadra en dicha categoría, por lo que la mención al ejercicio ante el Fiscal de Instrucción resulta ser un agregado innecesario. En definitiva, esta categoría de delitos pueden ser denunciados ante cualquier órgano de los que la norma precedentemente citada determina.²⁹ Por otra parte, no es dable sostener la imposibilidad de que un extranjero pueda constituirse en parte querellante, si se dan las condiciones especificadas en la norma adjetiva.

Sujeto activo de delito

En relación al sujeto activo de delito, se trata de otro de los aspectos que se revelan como insuficientes en la nueva ley está dado por el hecho de que circunscribe arbitrariamente el círculo de probables autores del delito.

Así se lee en el artículo primero en relación a la persona a denunciar: “*podrá denunciar... a todo funcionario público, cualquiera sea su rango o categoría*”.

Si la norma lo que persiguió es clarificar al sujeto habilitado para imputar el delito, con dicha redacción la oscureció. Nótese, que tal redacción va en contra de lo establecido en la ley de fondo, es decir el Código Penal, en el tercer apartado del art. 77 que define lo que debe entenderse por “Funcionario “o “Empleado Público”, haciéndose abstracción de la diferenciación que rige en materia administrativa.

Por lo tanto, para continuar en la misma inteligencia que la ley sustantiva, debió agregarse la frase “*o empleado público*” y no dejar de consignarlo de esa manera en la letra de la ley. Advuértase que tanto el mencionado artículo

²⁹ Art. 177, 186 CPPCtes.

inserto en la parte general del Código Penal como así también el propio epígrafe del Capítulo IX Bis de este, se mencionan a ambos.³⁰

En definitiva: o bien la ley provincial pasa por alto lo sancionado por el Congreso de la Nación, lo cual importa su inconstitucionalidad, por cuanto va en pugna con una ley de rango superior, al acotar el probable sujeto activo de delito que conforme a la ley vernácula, solamente sería el “funcionario público” mas no el simple “empleado público”, lo que a su vez conlleva a desconocer la identificación de ambos conceptos para la ley penal a diferencia de lo que ocurre en el ámbito del derecho administrativo, o bien se trata de un mero error del legislador provincial. Si se admite lo último, no por ello la cuestión es de menor importancia ya que demuestra la ligereza con que el Parlamento Provincial ha tratado el tema.

Pero en cualquier caso siempre prima la ley de mayor rango, es decir el Código Penal. Por ello la frase referida a la denuncia “*a todo funcionario*” debe entenderse “*o empleado público*”. De lo contrario se lograría un fin no propuesto por la norma y no es otro que acotar el círculo de autores del delito, lo que además va en contrapartida de la ley de fondo.

Mención aparte merece lo relativo a la amplia concepción del “Funcionario Público”. En ese sentido la ley avanza sobre una cuestión en la que no había ninguna necesidad de hacerlo. Sin embargo no por ello existen falencias que conviene abordar.

En verdad que la ley no hace diferenciación en cuanto al orden jerárquico del funcionario público.³¹ Expresamente dice que la denuncia podrá efectivizarse contra cualquier funcionario, independientemente de su “rango” o “categoría”. Por lo tanto no puede mediar obstáculo alguno para poder efectivizar la imputación del delito del art. 268 (2) CP tanto a un simple empleado perteneciente al escalafón como de mastranza, administrativo o finalmente jerárquico. La ley es amplia en ese sentido.

³⁰ El Capítulo IX bis del Título Duodécimo del Código Penal reza textualmente: “Enriquecimiento Ilícito de Funcionarios y Empleados”, de más está decir que se trata de aquellos de naturaleza pública y no privada.

³¹ De nuevo no puede dejarse de destacar que la denuncia no se circunscribe únicamente al sujeto que en el ámbito administrativo detenta la facultad de crear el acto administrativo. También puede denunciarse a un simple empleado público (v.g.: un personal de mastranza o simplemente administrativo sin rango jerárquico).

Sin embargo, lo que la ley no previo es que el aspecto relacionado con aquellos agentes del Estado (nacional, provincial o municipal) que tiene un régimen especial. Son aquellos supuestos en los cuales los códigos de forma de los estados federados prevén un tratamiento diferenciado. En estos casos se presenta una colisión entre lo legislado por la norma y el Código de Procedimiento Penal.

Se trata de la denominada información sumaria en los supuestos de denuncia llevada a cabo contra un legislador o magistrado sujeto a juicio político. En estos casos, los diferentes códigos de rito sostienen que en los dos únicos supuestos admitidos, es decir el Requerimiento de Instrucción Formal o Querella, debe necesaria e ineludiblemente practicarse dicha información y si se dan los supuestos para el dictado del mérito provisional inculpativo, se requerirá el desafuero a la cámara respectiva o bien en la solicitud de juicio político.³² Empero lo que no previo la norma es el caso de dichos agentes estatales. Sin bien es cierto que las leyes adjetivas parten ya de la base de una concreta imputación por parte del promotor público o a través del querellante, o sea que no se hace referencia a la simple denuncia, lo cierto y concreto es que no se determina en la ley cual es el procedimiento para el específico caso del delito de Enriquecimiento Ilícito.

Por ello surge el interrogante: ¿prevalece la ley sobre el Código de Procedimiento? Si es así, tratándose de un legislador o magistrado, recibida que fuere la denuncia, el Fiscal de Instrucción estaría habilitado para llevar a cabo esa sucinta investigación y la imposición de justificar el acrecentamiento de sus patrimonios por medio de la contestación al Requerimiento Justificatorio que se les impetrara. El fundamento se encuentra en dos argumentos: el primero es que en los respectivos capítulos de las leyes de procedimiento al referirse a los denominados “*obstáculos fundados en privilegio constitucional*” no se hace alusión a la simple denuncia, sino solamente a la acusación fiscal (Requerimiento de Instrucción Formal) o a la querella; el otro se fundamentaría en la propia sustantividad del delito de Enriquecimiento Ilícito, que requiere la intimación previa para justificar el aumento patrimonial, circunstancia que no existe en los demás delitos.

³² En el primer supuesto se trata de un legislador. En el segundo de un magistrado. En general los códigos de procedimiento de las provincias tienen redacciones similares en sus articulados.

Si se parte de la base de que el agente del estado, que en el caso se trataría de un legislador o de un magistrado, al momento de serle imputado la comisión del delito por medio de la denuncia ya se trata técnicamente de una persona imputada, surge que ese “privilegio constitucional” desaparece, simplemente porque es el propio tipo objetivo procesal el que establece el procedimiento ulterior: producido el desafuero (en el supuesto de un legislador) o la destitución (para el caso del magistrado) recién se da inicio a la instrucción judicial y si puede ser llamado a prestar declaración indagatoria.

Pero de acuerdo a lo que se legislo en la norma, los dos sujetos sometidos al privilegio constitucional, si van a poder ser obligados a declarar al contestar el Requerimiento Justificatorio que le es cursado por el Fiscal de Instrucción. Nótese que si se trata de una declaración más allá que se la concrete por escrito,³³ con lo cual se obsta a dicho privilegio, pero como la denuncia también puede ser presentada ante cualquier fiscalía en turno se produciría el siguiente acontecer procedual:

**DENUNCIA + REQUERIMIENTO JUSTIFICATORIO + FALTA O INDEBIDA
JUSTIFICACIÓN DEL AUMENTO PATRIMONIAL
REQUERIMIENTO DE INSTRUCCIÓN FORMAL**

La ley no ha reparado en dicho supuesto. Claramente se vislumbran dos consecuencias:

1) Si se entiende que no puede el Fiscal de Instrucción impetrar al agente esta tal (cualquiera su rango o función) la obligación de justificar, entonces se trataría de una normativa inútil para el supuesto de un legislador (nacional, provincial o municipal)³⁴ o un magistrado, empero si para otros agentes estatales.

2) En cambio si se admite que puede efectuar el promotor público el requerimiento de justificación aún antes del decreto por el cual la jurisdicción proce-

³³ La ley procesal ya cuenta con dicha forma de declarar (v.g. el art. 251 CPPCtes. referido al tratamiento especial para diversas personas que pueden declarar en sus respectivas residencias o bien por escrito más allá de la potestad de renunciar a dicho tratamiento).

³⁴ Para el caso de que se trate de municipios de los llamados de “primera categoría” que presentan los tres poderes aunque generalmente el poder judicial municipal depende del Departamento Ejecutivo.

de por Instrucción Formal (y así lo dice la propia ley), el legislador o el magistrado puede ser llamado a declarar o informar por escrito la obligación que le impone el fiscal de la causa, va de suyo, que en ese momento no tiene el bautismo que le da el Juez de Instrucción.

Como se ve, fue sancionado un intrincado procedimiento que sin lugar a dudas va a dificultar la investigación del delito analizado, estableciendo condiciones para que la defensa dificulte o aún impida la prosecución de la investigación interponiendo cualesquiera de valladares procesales.

Sostengo que a los fines de hacer prevalecer el Código de Procedimiento provincial, en concordancia con la norma de fondo y teniéndose en cuenta siempre que lo relevante es evitar la nulificación del procedimiento, en los supuestos de aquellos agentes estatales que se encuentran bajo el privilegio constitucional, el Fiscal de Instrucción no podrá llevar a cabo el Requerimiento Justificatorio de bienes, ya que previamente deberá llevarse a cabo la mentada información sumaria, luego delo cual recién el Juez de Instrucción deberá girar los obrados al Fiscal de Instrucción para recién allí impetrar al legislador o magistrado para que justifique sus bienes. De lo contrario se admitiría que implícitamente se derogó la ley procesal provincial, va de suyo que sin haberse considerado dicho supuesto, y lo que es más grave aún, en aquellos supuestos de enriquecimientos palmarios y por un ardid procesal, concluir con absoluciones escandalosas. No es con dicho tipo de normas que se va a perseguir y castigar a aquellos que se enriquecen prevaleciéndose de sus cargos.

El procedimiento previo a la acusación judicial

Art. 2 Recibida que fuere la denuncia, siempre que ésta fuere verosímil, el Fiscal de Instrucción, requerirá al funcionario denunciado para que en un plazo de diez (10) días de notificado justifique el enriquecimiento patrimonial denunciado como ilícito. (Primer párrafo)

Art. 3 De igual modo de procederá si la denuncia formulada involucra a terceras personas interpuestas para disimular el enriquecimiento patrimonial de funcionario público, debiendo justificar dentro del plazo de treinta (30) días el origen, fecha de adquisición del bien y/o incremento del patrimonio.

El estadio previo a la formal acusación, que se singulariza en cabeza del Ministerio Público Fiscal, se encuentra normado en el artículo segundo de la ley. Se trata de la institucionalización en la norma del llamado “Requerimiento Justificatorio” de los bienes del funcionario o empleado público.

La norma establece una potestad que singulariza en cabeza del promotor penal público que es novedosa y discrecional. Dice: “*Recibida que fuere la denuncia* (a lo que hay que agregar o la querella), *siempre que ésta fuere verosímil*”, es decir que cuando se concreta la denuncia contra un funcionario o empleado público, el fiscal puede considerar que la misma no resulta “verosímil” y por lo tanto no atribuirle tal entidad.

La ley establece tres aspectos de naturaleza absolutamente diversa:

- a) La admisibilidad de la denuncia o su rechazo
- b) El órgano encargado de llevar a cabo el Requerimiento Justificatorio de los bienes del agente estatal y su naturaleza
- c) El elemento temporal para dar cumplimiento a la obligación que impone el art. 268 (2) del CP
- d) Finalmente la mención de los elementos mínimos probatorios (que se abordarán en el punto siguiente.

Admisibilidad de la denuncia

En cuanto a lo primero, es decir la potestad que la ley pone en manos del Fiscal de Instrucción para admitir o rechazar la denuncia recibida sobre la base de la “*verosimilitud*” de la denuncia, no es admisible entender que en este tramo de la norma el legislador ha incorporado el “Principio de Oportunidad”.

En efecto, la frase referida a la verosimilitud o no de la denuncia recibida por el fiscal, no significa otra cuestión que la ya reglada en el art. 184 del CPP de Corrientes. Cuando contempla tres posibilidades que debe observar el fiscal cuando recibe una denuncia:

- a) Formular inmediatamente la acusación a través del Requerimiento de Instrucción Formal.
- b) Solicitar la desestimación de la denuncia solamente en dos supuestos
 - b.1. Cuando el hecho no encuadra en una figura penal.³⁵

³⁵ V.g.: la compraventa de personas que en el Derecho Penal Argentino no es delito.

b.2. Cuando no se pueda proceder.³⁶

c) Se remita a otra jurisdicción.³⁷

Si se abreva en el citado tipo objetivo procesal, se advertirá que el fiscal que recepciona una denuncia por cualquier delito (y no es otro diferente el del Enriquecimiento Ilícito), puede requerirle al juez de la causa o bien que desestime la denuncia o bien que la remita a otra jurisdicción. En el primer supuesto, ya sea porque el hecho no encuadra en una figura penal o bien por qué no se puede proceder. Pero lo más importante, es destacar que esa facultad circumscripita a la solicitud de “desestimación”, no es otra cosa que la ya referida “*veromisimilitud*”. Véase el siguiente ejemplo: El fiscal recibe una denuncia por el delito de Enriquecimiento Ilícito por la cual se acusa a un funcionario público de haber aumentado descarnadamente su patrimonio, lo que es de público y notorio, ya que no lo pudo haber obtenido con sus ingresos normales y habituales y sus acrecentamientos legítimos.³⁸ Sin embargo se sabe que el denunciado ha obtenido un importante premio en los juegos de azar, lo que fuera divulgado por los medios masivos de difusión. En este caso la denuncia carece del requisito determinado por la ley, es decir la “*verosimilitud*”, por un principio de economía procesal y sobre todo para no admitir el empleo de la ley penal como un mero instrumento de revanchismo personal, entiende que la causa no debe prosperar y solicita su archivo.

Pues bien, en este imaginario caso, el requisito de la ley en nada se diferencia del ya prescripto en el art. 184 CPP citado cuando menciona a la desestimación. Y ello es así por cuanto sea por vía de la “*verosimilitud*” o por la de la anterior, el presupuesto es el mismo: el hecho no encuadra en la figura penal, simplemente porque no hubo acrecentamiento espurio del patrimonio del agente denunciado.

Por ello es que sostengo que lo único que hizo la ley es referir lo mismo con distinta denominación, pero no modificando sustancialmente el concepto de la potestad que se pone en cabeza del fiscal que recibe la denuncia. Si debe consignar que dicha aplicación únicamente al supuesto del delito de Enriquecimiento

³⁶ V.g.: Si se trata de un sujeto no pasible de pena de acuerdo a la Ley 22278.

³⁷ V.g.: En el supuesto de una acusación que por razones de la materia (Estupefacientes, Contrabando) o de la persona (Jefe o Ministro Plenipotenciario de un estado extranjero) deban ser investigadas en la jurisdicción federal.

³⁸ V.g.: el aumento del capital por el normal desenvolvimiento del mismo: acciones en una sociedad anónima que cotiza en el mercado de valores.

Ilícito y no a otro delito. Con ello se avanza sobre la norma de fondo (Código Penal) que no distingue el supuesto de procedibilidad respecto a tal o cual delito.³⁹

En síntesis, se trata de una norma redundante ya que aún si ella el fiscal podía considerar que la denuncia es infundada y así requerir el archivo de la misma.

Órgano facultado para efectuar el Requerimiento Justificatorio de los bienes del agente estatal

El origen de la autoridad requirente que estatifica la concreción de dicho acto procesal se encuentra en el mismo tipo objetivo procesal. Sin embargo, el art. 268° (2) del Código Penal, tanto en su redacción originaria dada por la Ley N° 16.648 como el de la reforma de la “Ley de Ética de la Función Pública” (N° 25188), no ha especificado en el aspecto nuclear referido a la misma, es decir, quién es la “autoridad” encargada de llevar a cabo dicho requerimiento. Como se ve la nueva normativa de fondo tampoco ha producido modificaciones. El texto refería -y lo hace actualmente- solo la actuación de la autoridad que se plasma en el requerimiento debido, empero no se determina en el artículo a la misma ni a que poder del estado pertenece, con más las características de esta en cuando a las facultades y deberes que le competen.

La receptación normativa del mencionado órgano surge del mismo tipo objetivo en forma implícita. En efecto el art. 268° (2) del C.P. refiere textualmente: “*El que al ser debidamente requerido*”. En base a dicha estructura conviene precisar algunos conceptos. Sintéticamente: la investigación de delitos puede llevarse a cabo de dos formas: una es la que es efectuada por el Juez de Instrucción. Corresponde al arcaico procedimiento llamado “sistema inquisitivo”. La otra es la que efectúa el Fiscal de Instrucción. Se trata este último del denominado “Sistema acusatorio”. Además existen sistemas procesales donde se aplica el llamado “Sistema mixto” o “Inquisitivo mitigado”. Por ello es que determinar que se entiende por autoridad requirente dentro del procedimiento penal, resulta de singular importancia determinarlo, a fin de no confundir al requerimiento justificatorio de bienes, con el requerimiento instructorio que excita a la jurisdicción penal. Sostengo que dicha autoridad no puede ser la que ordinariamente detenta el ejercicio de la acción penal pública, es decir del fiscal

³⁹ Más allá sobre la controversia sobre la naturaleza jurídica del Requerimiento de Justificación de los bienes del agente del Estado.

a cuyo cargo está formalizar la acusación en base a la toma de posición respecto a la acción típica, que no es otra que un delito omisivo. Sin embargo se abordará el tema seguidamente.

- *Carácter público del órgano:*

El principio fundamental de la cuestión a desarrollar, está dado por el hecho de cualquiera que sea el posicionamiento que sea adopte en relación a la acción típica, siempre deberá tratarse de una autoridad “pública”, es decir que nunca podrá tomar intervención una autoridad de carácter “privado” ya que el delito de Enriquecimiento Ilícito tiene por el bien jurídicamente protegido a la Administración Pública generalmente comprendida, todo ello sin perjuicio de las particularidades formas de idear el mismo, pero siempre y en todo caso con el núcleo rector anterior. Demás está decir que no se trata del anoticiamiento de la probable comisión del delito, sino de la concreta imposición de la obligación de justificar el acrecentamiento patrimonial del agente estatal.

Aunque este primer aspecto abordado, referido a la naturaleza pública del órgano a cuyo encargo se impone la obligación de justificar los bienes aparezca como redundante, en rigor de verdad no lo es. Ello es así por cuanto el mismo art. 268° (2) del CP no determina si dicha autoridad debe ser pública o privada. Piénsese por ejemplo el supuesto en el que el Estado (nacional, provincial o municipal en su caso) se presente como querellante conjunto en una acción ejercida contra alguno de sus funcionarios habiéndose dado el apoderamiento suficiente a un profesional del derecho cualquiera. Se trataría en este caso de un simple particular el que impetra al agente a que cumplimente el mandato de justificación, claro está ejerciendo el mandato del estado. La ley de fondo nada dice a respecto, por lo que cabría suponer que efectivamente así puede hacerse la imposición.

Por otra parte, también podrá tratarse de un particular directamente ofendido por el delito el que lleva a cabo el debido requerimiento. ¿Es que en estos supuestos esa “autoridad” reviste el carácter de tal en términos objetivamente típicos? Lo que dificulta la comprensión cabal de que debe entenderse por “autoridad requirente”, está dado por el hecho de que se la identifique simplemente a esta como “Autoridad Pública”⁴⁰ en general como lo ha sostenido alguna

⁴⁰ LLCba, 1999, pág. 94 y ss. No se determinó que debe entenderse por “autoridad pública”. El voto del juez Barrionuevo la denomina simplemente “*órgano competente*”. En

doctrina y jurisprudencia lo formuló. No se determinan pormenorizadamente a qué autoridad de refieren ya que tanto las que pertenecen al Poder Ejecutivo como a las de los poderes Legislativo y Judicial también tienen dicho carácter de público. Idénticamente se puede observar la misma carencia normativa cuando se denomina a la autoridad como “autoridades judiciales” o bien “policiales”, sin especificar concretamente cuáles pueden ser.

En definitiva, afirmar que la autoridad requirente debe ser “pública” no dice nada de la misma, salvo que se entienda por dicho calificativo opuesto a “privado”. Pero de ello nadie lo discute. Nunca doctrina alguna ni la jurisprudencia ha sostenido que la autoridad puede ser “privada”, a pesar de que el tipo objetivo nada dice al respecto. Por ello es que en rigor de verdad, todas y cada una de las autoridades a cuyo cargo la doctrina y jurisprudencia han dicho que le cabe la potestad de efectuar el requerimiento justificatorio se engloban dentro del concepto de revestir en la esencialidad de “públicas”. Pero repásese en lo siguiente: tanto es pública la autoridad administrativa como la legislativa o judicial. Las tres integran los poderes del estado.

- Distintas posturas:

Antes de desarrollar el presente punto, conviene hacer aquí una aclaración previa. Es frecuente entre los autores sostener una postura múltiple respecto a las autoridades a cuyo cargo se establece la realización del requerimiento justificatorio de bienes. Por ello es que en el texto generalmente un autor se cita en varias oportunidades precisamente por lo afirmado anteriormente. La doctrina establecido dos diferentes posicionamientos en cuenta a la existencia o no del órgano requirente. Por una parte se ubican aquellos que sostienen la admisibilidad de la existencia en base a la estructura típica. Se trata de la opi-

cambio siguiendo a Lazcano, este sí se pronuncia, pero en forma negativa, esto es, por quién no puede ser tal: no puede serlo el Juez de Instrucción en base a que el requerimiento de justificación es una exigencia del tipo y ante su ausencia no surge el deber de justificar. Ver punto II, de la pág. 130. Los dos restantes jueces Pastrello y Moya adhirieron al anterior, Véase pág. 131. En rigor de verdad, la mención a la autoridad requirente es incidental, porque se encuentra en el análisis de la primera cuestión que se plantea el Tribunal referida a la inconstitucionalidad del art. 268° (2) del C.P. Véanse la síntesis de las seis cuestiones sometidas a análisis en la pág. 128, aunque solamente figuran cuatro. Las tercera y cuarta -calificación legal y la sanción a aplicar- no fueron tratadas debido a que finalmente los imputados fueron absueltos.

nión mayoritaria. En contrapartida, está la que niega su existencia sobre la base de la inconstitucionalidad que surge del mismo diseño del tipo penal aunque en base a la falta de identificación del hecho punible.⁴¹

Ahora bien, dentro de la primera de las tesis expuestas, las opiniones adquieren matices diversos. Un sector entiende que el requerimiento debe ser realizado por un órgano extraño a los que integran el Poder Judicial. Generalmente uno administrativo dependiente del Poder Ejecutivo, por ejemplo el Fiscal de Investigaciones Administrativas o el Fiscal de Estado. Los que sostienen esta postura admiten como acción típica la omisiva, por lo que dicha intervención se daría previamente al ejercicio de la acción penal. Otro sector entiende que pueden ser los órganos que integran los otros dos poderes del estado los encargados de concretar el requerimiento justificatorio. Llamativamente sosteniendo que la acción típica es una omisión, admiten que el requerimiento justificatorio puede ser llevado por el Fiscal o bien por el Juez de Instrucción, en este último supuesto en el acto de prestar declaración indagatoria. Finalmente otros no se expresan concretamente sobre cuál debe ser dicha autoridad.⁴² En conclusión, la imposición de dicho que requerimiento se descompone en dos momentos procesales: a) antes del pronunciamiento jurisdiccional que da inicio

⁴¹ Sancinetti, “El Delito de Enriquecimiento Ilícito de Funcionario Público -art. 268 (2), C.P. Un tipo penal violatorio del Estado de Derecho”, pág. 121/2, AD-HOC, 1994. El análisis del citado autor también puede verse extensamente en el trabajo “Sobre la Inconstitucionalidad del Llamado Delito de Enriquecimiento Ilícito de Funcionario Público (El adiós al Estado de Derecho)” -específicamente pág. 923 y ss.- en Cuadernos de Doctrina y Jurisprudencia Penal, N° 8. El punto central de la cuestión radica en la indeterminación del hecho punible, más allá de la irrelevancia de tomar partido por la estructura comisiva u emisiva. Para Sancinetti nunca puede ser esta última. De todas formas, sostiene la inconstitucionalidad de la conducta típica, sobre la base de que el “enriquecerse” no puede considerarse como conducta pasible de ser incriminada penalmente, ya que se trata de una sospecha de haber cometido alguno de los delitos incluidos en el género delictivo de los “Delitos Contra la Administración Pública” no identificado y es a dicha “sospecha” de la eventual comisión de alguno de dichos delitos lo que finalmente el legislador penal denominó “Enriquecimiento Ilícito” (ver de la última obra citada la pág. 925).

⁴² Levene, Ricardo (h), “El delito de enriquecimiento ilícito de los funcionarios públicos”, LL, t. 112, Sec. Doc., págs. 1095 y ss. Aunque menciona los órganos que contemplaba el Dto-Ley N° 4778/63: Congreso, Jurado de Enjuiciamiento, Fiscalía Nacional de Investigaciones Administrativas, autoridades administrativas superiores etc.; Círculo Luis Hugo, “Enriquecimiento por desempeño deshonesto de la función pública”, LL, T. 37, pág. 911 y ss., Millán Alberto S. “El delito de enriquecimiento ilícito”, Revista Penal N° 1, págs. 16 y ss.

al procedimiento y b) luego de la jurisdicción penal con la formal acusación. La Ley N° 5420 se refiere al primero de dichos estadios procesales. Avanzando sobre la ley sustantiva, establece que el órgano a cuyo cargo se encuentra la imposición al funcionario o empleado público de llevar a cabo la justificación patrimonial es el Fiscal de Instrucción.⁴³ De esa manera adopta un posicionamiento acorde con la mayor opinión en cuanto a la naturaleza de la acción típica, y no es otra que la de considera al tipo específico del “Enriquecimiento Ilícito” como un delito de omisión y no comisivo. De lo contrario, no se comprende como un fiscal puede efectuar el Requerimiento Justificadorio de los bienes ante la existencia de un *no hecho*, esto es antes de la consumación típica.

El elemento temporal en la justificación del acrecentamiento patrimonial

En cuanto al elemento temporal, aquí la ley introduce una novedad. En el tipo objetivo de la ley sustantiva, el legislador penal no estableció el término para que el agente imputado de cumplimiento a la obligación de justificar el aumento de patrimonio. Se trataba de un defecto que no solo provenía de los proyectos presentados con anterioridad al de la Ley 14616⁴⁴ que finalmente incorporó al Código Penal el Capítulo IX BIS.

Aunque en el tratamiento de la ley no se hizo referencia al aspecto temporal citado, parece ser que primó en el legislador la voluntad de plasmar en una norma el mismo tomándose como base lo establecido en la causa “Eduardo César Angelóz y Otros P.P.S.S. Enriquecimiento Ilícito”. Sin embargo no se ha seguido al pie de la letra dicho pronunciamiento judicial. Así lo establece el artículo segundo, siempre referido al agente estatal, sea un funcionario o em-

⁴³ Para mayor profundización en lo que respecta a la naturaliza de la acción típica y la ubicación sistemática del órgano que lleva a cabo el Requerimiento de Justificación del patrimonio, ver mi trabajo “Inconstitucionalidad del artículo 268 (2) del Código Penal. Reforma de la Ley 25188. Derogación de la prueba secreta ¿resurgimiento del mito de la autodignificación?” En: Revista Jurídica “Novel Iuris” del Consejo Profesional de Abogados y Procuradores de la Primera Circunscripción Judicial del Chaco, año 3, N°s 12, junio-agosto, pág. 22 y ss. (primera parte) y septiembre-noviembre 2006, pág. 25 y ss. (segunda parte).

⁴⁴ V.g.: Los proyectos de Corominas Segura, Cisneros, Landaburu, el “Proyecto de 1941” de José Peco, el “Proyecto del 60” de Sebastián Soler, etc.

pleado público tal como se sostuviera precedentemente y a pesar que en el texto legal se hace referencia solamente al primero.

En efecto, el artículo tercero establece un término diferente y además mucho más extendido. Es el caso de que la denuncia haya sido hecha a una persona distinta del funcionario o empleado público. En otras palabras: cuando el testafierro (o “persona interpuesta” u “hombre de paja”). Aquí el término se eleva a treinta días. No se advierte el porqué del aumento del lapso cuando se trata de este supuesto. La exposición de motivos del miembro informante nada dice ni en el debate en diputados ni en el del Senado provincial.

Facultades investigativas del Ministerio Público Fiscal

Art. 2 Durante dicho lapso, y como medida preliminar se deberá obtener constancias fidedigna del cargo, función, fecha de ingreso a la Administración Pública y los haberes que percibe por su labor el funcionario público acusado. (Segundo párrafo)

Art. 4 Recibida la información o justificación por parte del funcionario público y/o personas presuntamente interpuesta para disimular. El señor Agente Fiscal, podrá solicitar informe a todos los organismos impositivos, nacionales o provinciales, cotejar documentos, y cualquier otra medida probatoria tendiente a corroborar la legitimidad o no del incremento patrimonial de él o los acusados.

El legislador provincia también introdujo una aparente novedad en cuanto a las pruebas que van a tenerse en cuenta para la resolución de la situación legal del agente imputado. Se encuentran establecidas en el artículo segundo en su segunda parte y en el artículo cuarto. En verdad que respecto al primero, se trata de aspectos esenciales que no había necesidad de insertarlos en una ley, ya que al tratarse el delito de Enriquecimiento Ilícito de un delito de registro autoral específico, no puede admitirse la comisión del mismo si no se trata de un funcionario público, o bien si no se justiprecia el acrecentamiento patrimonial con la diáda: haberes-acrecentamiento patrimonial. Se tratan de medidas que también caen en la crítica anterior sin las cuales no sería viable la acreditación de la comisión del hecho.

Si en cambio presenta cuestiones insertas en el artículo cuarto. En efecto, aquí la normativa presenta una novedosa estructuración basada en la creación de un estadio previo a la formal acusación y que se encuentra entre la presentación de la justificación patrimonial y el Requerimiento de Instrucción Formal.

En este estadio aún el fiscal de la causa podrá no formalizar la acusación, debido a que la ley le otorga la potestad de corroborar la legitimidad o no del acrecentamiento patrimonial, sobre la base del cotejo de la prueba documental de naturaleza impositiva que se encuentra facultado a incorporar a la investigación en curso.

Nuevamente y al igual que en el supuesto anterior, se tratan de medidas probatorias que ya se encontraban especificadas en la ley ritual, razón por la que la normativa no agrega nada a las ya facultades investigativas del fiscal. Solamente se especifica la atribución de requerir informes relacionados a la parte impositiva y el origen del órgano.

¿Incorporación del principio de oportunidad?

Sin pretender abordar el tema que ya ha sido suficientemente tratado por la más autorizada doctrina, se puede sostener que el llamado “principio de oportunidad” por oposición al “principio de legalidad” ha sido abordado suficientemente por la doctrina. Se ha definido al primero como la potestad que se estatifica en cabeza de los órganos encargados de la persecución penal de o bien no darle inicio, o bien suspender la acción penal incoada o finalmente de limitarla en sus alcances. En contrapartida el último se caracteriza como la respuesta ineludible en todos y cada uno de los casos ventilados por ante el órgano encargado de la persecución penal. Por ello se denomina también a este “*principio de inevitabilidad*” en el sentido y alcance de que es inevitable la respuesta estatal ante la comisión del delito,⁴⁵ a lo que se agrega la nota distintiva de la irretractabilidad del acción penal iniciada.

⁴⁵ Vid. Cafferata Nores, José I., “El principio de oportunidad en el derecho argentino. Teoría, realidad y perspectivas”. En: *Cuestiones Actuales sobre el proceso penal* (2000), págs. 21 y ss., Editores del Puerto. No debe confundirse el llamado “principio de legalidad” de la ley de fondo con el de la norma de procedimiento. El primero se refiere sustancialmente a la teoría de la ley penal y a la necesaria tipificación previa de una conducta como delito para considerarlo como tal. Se trata de una norma de primer grado. En cambio el “principio de legalidad” que se

En la doctrina se presentan dos posiciones encontradas: los que sostienen que el principio de oportunidad es admisible incluso aún antes de dar inicio a la persecución penal, y aquellos que sostienen que solo puede admitirse la operatividad del principio de oportunidad después de haberse iniciado el ejercicio de la acción penal y a los fines de hacerla cesar.⁴⁶

En definitiva se trata de un supuesto de “discrecionalidad técnica”, por oposición a la “discrecionalidad política”⁴⁷ (fundada en razones de política criminal)⁴⁸ razón por la cual no se trata de la incorporación del “principio de oportunidad”, el que siempre y en todo caso se encuentra en las leyes de fondo y no procesales como lo es la Ley N° 5420. Si se tratara de tal, tampoco cabría en las potestades de una legislatura de provincia avanzar sobre una cuestión que cae en la órbita de las facultades del Congreso Nacional.

Ahora bien si lo que se pretendió con la norma es habilitar al fiscal como el órgano encargado de llevar a cabo el Requerimiento Justificatorio de los bienes del funcionario o empleado público la cuestión es diferente. Allí si es posible sostener (aunque no si reservas) que la idea del legislador provincial es admitir dicho principio. De cualquier forma no lo explicita acabadamente y son presentables las objeciones apuntada en el párrafo anterior.

Pero aún cabe otra consideración relevante. Si la inteligencia de la norma fue la de habilitar expresamente a un órgano encargado de llevar a cabo el Requerimiento Justificatorio, en cambio ello no se logró. Nótese que del análisis en conjunto de los artículos primero y segundo se colige claramente que no está vedado por la ley presentar la denuncia ante el Juez de Instrucción o ante la Policía Judicial. El empleo del verbo “podrá” no puede entenderse como si la norma dijera “únicamente” o bien por ejemplo que la norma dijera textualmente:

“No será admitida la denuncia por el delito de Enriquecimiento Ilícito ante otro órgano que no sea el Ministerio Público Fiscal”.

Por lo tanto sostengo que también puede hacerse la denuncia ante los últimos órganos referidos, es decir el Juez de Instrucción y la Policía Judicial y

trata es de la norma procesal, o sea de una norma de segundo grado: ley adjetiva o de forma (Código de Procedimiento Penal) realizadora de la norma de primer grado: ley sustantiva o de fondo (Código Penal). Por ello para evitar confusiones conviene llamar al primero “*principio de legalidad procesal*”.

⁴⁶ Cafferata Nores, ob. cit., pág. 32.

⁴⁷ Cafferata Nores, ob. cit., pág. 38, nota N° 29.

luego observarse lo que disponen la ley de procedimiento. En ambos supuestos si es el fiscal el que debe efectivizar el Requerimiento Justificatorio al funcionario o empleado público. Esto trae aparejado un engorroso procedimiento ya que por ejemplo si la denuncia se lleva a cabo ante la Policía Judicial, esta debe girar las actuaciones al Fiscal para que impetra el agente la justificación de sus bienes. Y es entonces donde se presenta el dilema: ¿debe proseguir con la causa la Policía Judicial en cualquier supuesto? ¿Es que pueden existir casos extraordinarios en los que debe ineludiblemente dar por terminadas las actuaciones y remitirlas al fiscal, por ejemplo en los supuestos de que el imputado ostente un privilegio constitucional?

El problema no es de fácil solución. Sin embargo entiendo que la cuestión debe resolverse de la siguiente manera.

Supuesto del agente estatal sin privilegio constitucional

Recibida que fuere la denuncia, la Policía Judicial deberá remitir las actuaciones al Fiscal de Instrucción para que lleve a cabo el Requerimiento Justificatorio. Cumplido con dicho trámite este último remitirá en devolución a la primera (Policía Judicial) para que continúe con la investigación preliminar. El porqué de la conclusión se fundamenta en el hecho de que el Requerimiento Justificatorio en ningún caso puede hacerlo la Policía Judicial, y si debe llevarlo a cabo el fiscal al que le corresponda. Pero nada más. Superado dicho aspecto procesal no hay porque comprender a la norma como negatoria de dicha potestad prevencional y en los términos que establece la ley de procedimiento.⁴⁹

El posicionamiento que esgrimo lo es basado en lo anteriormente dicho, en el sentido que la ley provincial no prohíbe llevar a cabo la denuncia de esa forma. De lo contrario se hace decir a la ley algo no lo no hace y además se habilita la posibilidad de que la defensa pueda argüir la nulidad de lo actuado provocando así la fulminación del procedimiento y que el agente imputado que-

⁴⁸ V.g.: La Excusa Absolutoria en los Delitos Contra la Propiedad entre parientes del art. 185 del Código Penal, aunque con restricción en cuanto a los tipos objetivos (taxativamente se mencionan a los Hurtos, a las Defraudaciones y a los Daños (sea en su modalidad simple o en las agravadas) y a la participación. Fuera de estos supuestos no es aplicable dicha excusa, por ejemplo en el caso del delito de "Robo" (simple o agravados).

⁴⁹ Art. 189 y cc CPPCtes.

de sin ser sometido a la causa penal. Sin en cambio se realiza ante el Juez de Instrucción, al remitir las actuaciones al fiscal para que procesa conforme al art. 184 del CPP de Corrientes.

Supuesto del agente estatal con privilegio constitucional

En este caso como necesaria e ineludiblemente debe llevarse a cabo la llamada información sumaria previa el procedimiento a seguir es el siguiente:

1. Denuncia presentada ante el juez: Remite la misma al Fiscal. Aquí se sigue el procedimiento del art. 1º y cc de la ley. Superado dicho requisito (el de la contestación al Requerimiento de Justificación de los bienes) formulará la acusación con el Requerimiento de Instrucción Formal Cumplido que fuere el Juez deberá expedirse sobre la existencia de mérito o no respecto al fondo de la cuestión⁵⁰ el agente estatal.⁵¹ Si el juez encuentra mérito suficiente requerirá a la cámara respectiva el desafuero del legislador o en el caso de un magistrado el juicio político para su destitución. Por el contrario si no encuentra mérito suficiente archivará la causa sin más.⁵²

En este caso se confunden tanto la Ley N° 5420 como el Código de Procedimiento, por lo que no se presenta mayor inconveniente al respecto.

2. Denuncia ante el Ministerio Público Fiscal: Se adecúa el procedimiento a la normativa de la Ley.

3. Denuncia ante la Policía Judicial: Remite las actuaciones al anterior.

En definitiva la ley ha establecido un engorroso sistema para poder proceder que ha quedado a mitad de camino. Hubiera sido más expeditiva (aunque

⁵⁰ O sea si se dio cumplimiento o no a la obligación de justificar.

⁵¹ Debe recordarse que se trata de un legislador o de un magistrado.

⁵² V.g.: El legislador o magistrado justificaron suficientemente el acrecentamiento patrimonial por vías legítimas aún cuando no se correspondan con sus haberes normales y habituales y las acreencias que el mismo depara. Sería el clásico ejemplo de una herencia recibida, o un legado o un importante premio en los juegos de azar etc. Va de cuyo que ello deberá ser solventado con las documentaciones respectivas. En el último supuesto la doctrina refería el caso de activos que ponen en el juego del mercado del dinero (acciones, operaciones a futuro, etc.).

claro está inconstitucional) determinar la facultad exclusiva del Fiscal para recibir la denuncia. Con ello se hubiesen derogado implícitamente los arts. 183 y 185 de la Ley de Rito. O bien y para ser más clara la cuestión introducir un artículo que derogue expresamente a dichos tipos objetivos procedimentales en cuanto al delito de Enriquecimiento Ilícito.

El cumplimiento a la obligación impuesta

Art. 5 Si dentro del plazo dispuesto en la presente norma no se justificare, o no lo fuere debidamente, resultando inverosímil la justificación del funcionario o de las personas sospechadas como interpuestas para disimular el incremento patrimonial de éste, el Señor Agente Fiscal procederá por medio de la requisitoria de instrucción formal a acusar del presunto delito ante el Juez de Instrucción que corresponda.

El procedimiento que el fiscal debe llevar a cabo a partir de la notificación de la obligación de justificar al funcionario público se encuentra en el artículo quinto.

La ley establece dos formas de dar cumplimiento a dicha obligación

- a. Justificar el acrecentamiento del patrimonio
- b. No hacerlo.

En cuanto a lo primero, debe hacerlo en forma legítima. Es decir que no cualquier justificación es admisible sino únicamente la primera. Aquí juega primordialmente la derogación del secreto de la prueba (*ver infra*).

Empero en el segundo caso la cuestión es mucho más compleja. La norma contempla diferentes supuestos. Uno es no justificar el acrecentamiento patrimonial. Ello solamente obedecer a una expresa negativa del ente estatal.

El otro es cuando la justificación no se adecua a los parámetros que la ley impone: Así dice: 1) “*o no lo fuere debidamente*”; 2) *resultare inverosímil* (es decir no creíble).⁵³

⁵³ Es el remanido caso de la herencia que aduce haber recibido el funcionario o empleado público de un familiar residente en el exterior. Por supuesto que se trata de alguien que no existe o bien que no tuvo en su haber el patrimonio que dice el imputado haber recibido, etc.

La prueba

“Art. 6 Toda actividad desplegada desde la denuncia hasta la requisitoria de instrucción formal, si ésta procede, deberá conservarse en el más estricto secreto, salvo pedido del propio acusado”.

El tema referido al secreto de la prueba importa un aspecto novedoso sancionada por el legislador provincial. Dos son las cuestiones que deben analizarse: uno es el relacionado con la esencialidad de la prueba aportada por el agente imputado. El otro la potestad que la ley pone en cabeza del anterior.

El carácter secreto de la prueba

Desde el inicio del tratamiento de la primigenia ley que posteriormente pasó a ser derecho positivo, el Parlamento Nacional por medio de la Cámara de Senadores específicamente, introdujo un agregado al proyecto venido de la Cámara de Diputados que decía: *“La prueba que aporte el funcionario deberá conservarse secreta a su pedido y no podrá ser utilizada para ninguna otra causa”.*

Sin perjuicio de que no es posible en el escueto trabajo tratar íntegramente el tema, por otra parte ya profundizado por la doctrina, debe señalarse que para la ley de fondo, el legislador nacional entendió que como la prueba de cargo era (y lo es aún más actualmente) aportada por el propio imputado, ello conllevaba una carga procesal netamente auto incriminatoria, razón por la cual y al verse vulnerado el art. 18 de la Constitución Nacional, razón por la cual se entendió que, por lo menos, debía acotarse en lo posible tamaña irregularidad. Haciéndose una lamentable concesión al desconocimiento de una garantía insaculada en la Ley Fundamental se creyó que impidiéndose que esa declaración pueda ser utilizada para una nueva causa sin elemento de prueba alguno, salvo el aportado por el propio imputado al contestar el Requerimiento de Justificación, se “compensaría”⁵⁴ así dicha violación constitucional.

⁵⁴ Está demás decir que ello ni siquiera aportaba una corrección a la norma. Las garantías constitucionales (y toda la Ley Fundamental) o se respeta o no. No puede haber “oasis” de vigencia normativa de la Constitución. Por ello sostener dicha “compensación” es solo un eufemismo literario: La Constitución Nacional también se encontraba violada con la regla del secreto de la prueba.

Sin embargo al sancionarse la Ley N° 25188 el Congreso Nacional siguió otro camino. Simplemente derogó el secreto de la prueba. Con ello actualmente si el funcionario o empleado público justifica el acrecentamiento patrimonial declarando que se debe a una actividad ilícita empero desvinculada de la función pública, quedará sujeto a la investigación de dicha causa a pesar de que no medió ni denuncia o querrela alguna.⁵⁵

Por aplicación de la ley provincial y en el territorio de la provincia de Corrientes, en los casos del delito de Enriquecimiento Ilícito vuelve a operar la regla del “*secreto de la prueba*”. Como se ve ello importa una atribución incompatible con lo legislado en el código de fondo (Código Penal) que expresamente derogó dicho apartado que figuraba en la sanción originaria del artículo. La norma avanza sobre el fondo de la cuestión y nuevamente legisla sobre el carácter secreto de la prueba colectada en la causa lo que el Congreso Nacional ya había derogado⁵⁶ e introduce un procedimiento novedoso. La norma establece que “*toda la actividad*” que se lleve a cabo desde la denuncia, en obvia alusión al artículo primero y hasta el momento en que se lleva a cabo la formal imputación a través del Requerimiento de Instrucción Formal “*deberá conservarse en el más estricto secreto*”.

⁵⁵ Al parecer el legislador nacional de la “Ley de Ética en la Función Pública” N° 25188, hizo suya la afirmación de Soler cuando dijo en relación a este tema: “*En su parte final el artículo tiene un agregado que deber ser entendido en el sentido de que la reserva que allí se dispone solamente regirá cuando el enriquecimiento sea declarado ilícito y absuelto el imputado en consecuencia*”. A favor suyo cuenta que en el Tratado, transcribe lo sostenido en los fundamentos de su “Proyecto de 1960”, cuando no se contempló la regla del secreto de la prueba incorporado por el Senado Nacional; el párrafo se refiere a la Ley N° 16648 ya entonces sancionada. Ello demuestra el grado de corrupción que había en la administración pública, al llegar a admitir la violación a la regla que prohíbe la autoincriminación, con tal de ajusticiar a los funcionarios corruptos. Soler, Sebastián (1978), *Derecho Penal Argentino*, T. V, Tea, pág. 207).

⁵⁶ Nótese que la Ley N° 5420 fue publicada el 24/02/02. En cambio la derogación del secreto de la prueba data de la fecha de la sanción de la Ley N° 25188 del año 1999. En definitiva: casi cuatro años después de que el Parlamento Nacional haya reformado el artículo 268 (2) del Código Penal, la ley provincial lo introdujo nuevamente en una norma provincial. Con todo, aún puede argumentarse en favor de la legislación local que, al haberse derogado dicho elemento normativo del tipo, podría reasumirse la potestad de la ley procesal provincial y legislar al respecto. De todos modos si ello fuera admisible -aunque y no sin reservas que no pueden ser abordadas aquí, ello tampoco fue objeto del tratamiento legislativo ni siquiera mínimamente.

Aquí surgen tres cuestiones comprendidas:

- 1) El alcance del contenido del carácter secreto de la prueba;
- 2) El estadio procesal en el que regirá dicho secreto;
- 3) Las condiciones para que opere dicha calidad,
 - 3.a. La pendencia de la formal acusación fiscal;
 - 3.b. La solicitud del agente estatal imputado del delito en contra del secreto;

Cuestiones comprendidas

- Alcance de su carácter secreto:

En este aspecto la norma provincial innova respecto al derogado art. 268 (2) del Código Penal. En efecto, dicho tipo objetivo de fondo solamente hacía referencia a la prueba aportada por el imputado.

En cambio la Ley N° 5420 se cita expresamente a “*toda la actividad desplegada*”, lo cual implica no solo la actividad investigativa propia del fiscal determinada en los arts. 2 -segundo párrafo- y arts. 4, sino también la propia prueba que aporte el imputado. La norma es amplia y comprende toda otra actividad de investigación que lleve a cabo el Ministerio Público y no solamente la prueba que vaya a aportar el imputado.

- Estadio procesal que comprende la naturaleza secreta de la prueba:

En el tipo objetivo del art. 268 (2) CP no se hace ninguna distinción en cuanto al momento temporal de la presentación de la prueba aportada por el agente estatal imputado del delito. Siempre se entendió que no podía ser otro momento que el que se inicia a partir de la contestación al Requerimiento de Justificación. Ello comporta una situación diferente a la de la ley provincial. En efecto, en la causa “Angelóz” la denuncia fue presentada por la Asociación Gremial Estatal ante el fiscal en turno. Este giró los obrados al Fiscal de Estado, que como órgano administrativo, le requirió al ex gobernador de la provincia mediterránea que justifique el aumento de sus bienes. Luego de ello recién el fiscal imputó del delito al por entonces Senador nacional.

Pero una vez presentada la contestación al Requerimiento de Justificación, no se fijó un término en el que finiquitaba dicha calidad, es decir no se determinó cuando dejaba de ser secreta la prueba.

Sin perjuicio de ello nunca dejaba de serlo porque no podía ser utilizada en contra del agente estatal imputado del delito. Es decir que con dicha “compensación” a la flagrante violación del art. 18 de la Constitución Nacional se vedaba *sine die* el empleo de dicha prueba para su eventual utilización como medio de prueba incriminante para cualquier otro delito. Sin embargo algo se había conseguido en la revisión que el Senado Nacional le introdujo al proyecto venido con media sanción de Diputados.⁵⁷

Ley Provincial avanza sobre el fondo de la cuestión y nuevamente legisla sobre el carácter secreto de la prueba colectada en la causa, lo que el Congreso Nacional ya había derogado⁵⁸ e introduce un procedimiento novedoso. La norma establece que “*toda la actividad*” que se lleve a cabo desde la denuncia, en obvia alusión al artículo primero, y hasta el momento en que se lleva a cabo la formal imputación a través del Requerimiento de Instrucción Formal “*deberá conservarse en el más estricto secreto*”. Con ello la ley fijó un aspecto que no se encontraba en la ley de fondo. Expresamente establece que el secreto de la prueba comprende un momento *ex ante* y *ex post*. El primero está dado por la presentación de la denuncia. Es a partir de dicho acto procesal el que comienza a regir del carácter secreto de la prueba.⁵⁹ El último se encuentra estatificado en la presentación del Requerimiento de Instrucción Formal en el tribunal que va a tener a su cargo la investigación.⁶⁰ Antes y después de dichos extremos procesales no puede haber secreto de la prueba.

- Condiciones para que opere dicha calidad:

1. *Pendencia de la formal acusación fiscal:* Empero dicha calidad, es decir su conservación en forma “secreta” -y añade la norma el calificativo de

⁵⁷ Finalmente la Cámara de Diputados Nacional aceptó la modificación al proyecto original y el artículo fue sancionado con el último párrafo que fue introducido por el Senado referido al secreto de la prueba, conocida como “Regla Fassi”, en alusión al senador Santiago Fassi que propuso y logró modificar el artículo.

⁵⁸ Aunque cueste creerlo, véase la postura del mentor del artículo en la nota N° 55. Se colige así, que debió ser determinante la influencia del posicionamiento “soleriano” en la redacción del artículo 6° de la Ley N° 5420. Al menos eso se deduce de su texto.

⁵⁹ A lo que hay que agregar “de toda la prueba” que se presente en contra del agente estatal imputado del delito.

⁶⁰ Técnicamente cuando la formal acusación del fiscal tiene su entrada en la mesa receptora del juzgado que va a investigar la existencia o no de delito por el que el anterior acusa al agente estatal imputado, lo que se corrobora por la fecha y hora del el cargo.

“estricta-, queda supeditada a un acto procesal determinado. Sería tal si finalmente se lleva a cabo la acusación fiscal: “*si ésta procede*” -la requisitoria de Instrucción formal- dice la norma. En definitiva: la prueba se conservaría en secreto siempre y cuando el fiscal acuse al funcionario o empleado denunciado, de lo contrario la prueba es de naturaleza pública y consecuentemente podría tener acceso a la misma cualquier persona.

Por lo tanto no se ve cómo puede sostenerse el secreto de la prueba supeditada a que se concrete o no la acusación fiscal, sencillamente porque durante el lapso que va desde la aportación de la misma y después de radicada la denuncia y hasta la concreción del Requerimiento de Instrucción Formal, aún no puede saberse el fiscal acusará o no al agente estatal imputado.

Es decir que dicha enunciación en la normativa deviene en impracticable. La naturaleza secreta de la prueba en el período que va desde la denuncia y hasta la acusación fiscal nunca podrá operar porque esa calidad está supeditada a que finalmente se lleve a cabo la requisitoria formal y eso es lo que precisamente aún no se sabe si ocurrirá porque el fiscal de la causa tiene a estudio las actuaciones y detenta la potestad de acusar o no.

Si acusa imputándole del delito al agente estatal denunciado si rige el secreto de la prueba. Pero es que la ley dice que dicha calidad va a tenerla desde la denuncia y hasta el Requerimiento de Instrucción Formal y precisamente este último acto procesal cuando ya se concretó, opera como el momento *ex post*. Luego de la formal acusación del fiscal ya no puede haber secreto de la prueba porque así lo dice la ley.

Como se advierte la ley provincial creó un intrincado mecanismo de aplicación imposible, porque supedita el carácter secreto de la prueba a un hecho futuro e incierto -que el fiscal acuse o no- y que cuando se concreta ya opera negándole dicho carácter a la prueba reunida para imputar del delito al funcionario o empleado público.

En cambio, si el fiscal no formula la acusación, si rige el secreto de la prueba, sin saberse a que responde dicha calidad. Es decir, si dicha prueba puede ser utilizada como elemento de cargo en otra causa o no. Al parecer la norma se inclina en este último sentido.

2. *Solicitud del agente estatal imputado del delito en contra del secreto:* En el originario artículo el carácter secreto de la prueba no operaba automáticamente sino que demandaba el expreso pedido del imputado. De lo contrario

la regla es del secreto de la prueba no operaba. Pero como lo dijera anteriormente no se ninguna distinción en cuanto al término desde el cual comenzaba a ser secreta la prueba. Simplemente se entendía que lo era desde que se aportaba por el funcionario imputado y de ahí en más en forma permanente.

De manera tal que si el agente estatal imputado del delito simplemente guardaba silencio al respecto, la prueba aportada por él era pública.

Ahora bien, la ley incorpora un procedimiento inverso. Así dice la norma en la parte pertinente: “*deberá conservarse* (la totalidad de la prueba y no solo la aportada por el imputado) *en el más estricto secreto, salvo pedido del propio acusado*”.

Nótese en el artículo original de la Ley Sustantiva, la operatividad del secreto era en base a un expreso pedido del agente estatal imputado del delito de lo contrario era pública.

“La prueba aportada por el imputado será conservada en secreto a su pedido”.

En cambio en la Ley Provincial, la prueba por mandato de la norma, es secreta y solamente pierde ese estado a solicitud del imputado, a la inversa de lo anterior.

No es posible inferir el porqué de la sanción de la ley. Si lo que se quería era emular al legislador nacional hubiese bastado con transcribir textualmente la parte correspondiente al artículo 268 (2) -último párrafo- del Código Penal. Nuevamente se trata de una innovación carente de sentido y que no tiene incidencia en la situación legal del imputado.

Epílogo

La Ley Provincial N° 5420, fue el fruto de la necesidad de llenar el vacío de la norma de fondo, tanto en lo referido al órgano encargado de efectuar el llamado Requerimiento Justificatorio de Bienes, como en cuanto a su plazo de validez y finalmente, potestad desincriminatoria de dicho acto procesal.

Sin embargo, y más allá de que no se pueden dejar de señalar los altos motivos que llevaron al legislador provincial a sancionarla, concluyo que el aporte dado la normativa lejos está de contribuir a una mayor efectividad de la lucha contra los actos llevados a cabo por funcionarios venales del Estado Provincial.

Es necesario reconocer el loable esfuerzo puesto de manifiesto por el Poder Ejecutivo, en su política de lucha contra los funcionarios que corrompen a la Administración Pública, al remitir el proyecto que posteriormente se convertiría

en ley. Sin embargo el texto del mismo adoleció de serias y profundas deficiencias, tanto dogmáticas como filosóficas, y lo que es peor, a lo largo del tratamiento legislativo, se desnudó el hecho que he intentado desarrollar en este breve trabajo, y que simplemente no es otro que el fundado en la incorrecta y contradictoria estructura del tipo legal, y lo que es peor aún, el Parlamento Provincial no consideró el texto legal con el necesario y profuso análisis que se merecía el tipo penal de fondo, tan discutido en cuanto a su constitucionalidad y aún hoy discutida estructura en relación a la acción típica, para así poder introducir las correcciones que imperiosamente debían llevarse a cabo al proyecto originario.

Es decir que con la aprobación de la norma, se creó un peligroso instrumento que finalmente va en contra de los fines loables que se propuso.

La ley no solo no contribuye a una mayor profundización de la investigación de los actos venales de los agentes del estado provincial, sino que si hesitación alguna, se puede arribar a la conclusión que se producirá el efecto contrario, no solo porque se trata de un formidable andamiaje que permite a la defensa articular todo tipo de objeciones a su aplicabilidad, sino que al final, llega al desconocimiento mismo del tipo objetivo, al importar la contrapartida con las facultades que le caben al Congreso Nacional en materia legislativa.

Ta vez la incorrección en la redacción del texto legal se debió a la intrincada modalidad típica, que desde el inicio de su bosquejo de estructura, allá por el primer tercio del siglo pasado, ya estuvo plagada de contradicciones que aún hoy no ha sido superadas por la más autorizada doctrina, con las consecuentes posturas opuestas y diferentes tanto en la doctrina como así también en la jurisprudencia, en lo referido al aspecto esencial del tipo objetivo, nada más y nada menos que la esencialidad de la acción típica y la palmaria objeción a la constitucionalidad del tipo objetivo.

Sin embargo, ello no logra conmover el punto axial de la cuestión que llevé a cabo en la introducción y que no es otro que la liviandad con que fue abordado el tema, sin la rigurosidad técnica y profundización que imponía.

Conviene aquí reseñar una vez más el veredicto de la Jurisprudencia, aún hoy de plena operatividad, demostrando que por sobre todos los aspectos a tener en cuenta, siempre debe primar la vigencia de la Norma Fundamental:

Hay solo dos alternativas demasiado claras para ser discutidas: o la Constitución controla cualquier ley contraria a aquella, o la Legislatura puede alterar la Constitución mediante una ley ordinaria. Entre tales alternativas no hay términos medios: o la Constitución

*es ley suprema, inalterable por medios ordinarios; o se encuentra al mismo nivel que las leyes y de tal modo, como cualquiera de ellas, puede reformarse o dejarse sin efecto siempre que al Congreso le plazca. Si es cierta la primer alternativa, entonces una ley contraria a la constitución no es ley; si en cambio es verdadera la segunda, entonces las constituciones escritas son absurdos intentos del pueblo para limitar un poder ilimitable por naturaleza.*⁶¹

Por eso concluyo que se trata de una norma que necesaria e ineludiblemente debe ser derogada y vuelta a redactar de una manera correcta, para así lograr una efectiva y real batalla contra la corrupción administrativa.

Como dice el precepto:

“BUNUM EX ÍNTEGRA CAUSA. MALUM EX MÍNIMO DEFECTU”.⁶²

⁶¹ Suprema Corte de EEUU, causa “Maurby c/ Madison”, 24/02/1803.

⁶² Lo bueno requiere serlo en su integridad. Lo malo solo en parte.